Die Zustellung und ihre Mängel

Beseitigung der Folgen von Zustellungsmängeln

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Bruno Scharnberg

aus Boizenburg

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1931

Referent: Professor Dr. H. Walsmann.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung.

§ 1. Entwicklung des Prozeßbetriebes 9

Kapitel I.

Wesen der Zustellung.

§ 2. I. Einleitende Bemerkungen 12
§ 3. II. Begriff und rechtliche Natur der Zustellung . . 12
§ 4. III. Bedeutung des Beurkundungsaktes 16
§ 5. IV. Einfluß von Mängeln der Zustellungsurkunde . . 21

Kapitel II.

Mängel der Zustellung und deren Folgen.

§ 6. I. Mängel der Zustellung, die eine relative Unwirksamkeit der Zustellung zur Folge haben 24
§ 7. II. Mängel der Zustellung, die eine absolute Unwirksamkeit der Zustellung zur Folge haben . . . 28

Kapitel III.

Beseitigung der Folgen von Zustellungsmängeln.

I. Heilung.

§ 8. 1. Genehmigung 32
§ 9. 2. Verzicht gemäß § 295 ZPO. 33
§ 10. 3. Unterschiede zwischen der Genehmigung und dem Verzicht gemäß § 295 ZPO. 38
§ 11. 4. Wirkung der Heilung (rückwirkende Kraft) . . 39
§ 12. II. Ergänzung 41
§ 13. III. Beseitigung der Zustellungsmängel durch § 187 ZPO. 44

Schluß.

§ 14. Kritik der Zustellungsvorschriften 47

Literatur-Verzeichnis.

Auerbach, Über Ladung ohne Terminsnotiz nach der Zivilprozeßordnung in ZZP., Bd. 21, S. 288 ff.

Bähr, Der deutsche Zivilprozeß in praktischer Betätigung, in Iherings Jahrbücher, Bd. 23, S. 339 ff.

Bähr, Noch ein Wort zum deutschen Zivilprozeß, in Iherings Jahrbücher, Bd. 24, S. 329 ff.

Breit, Formalismus und Zivilprozeß in J.W. 1920, S. 859 ff.

Enneccerus, Kipp und Wolf, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1. Abt., Marburg 1928.

Fitting, Über die Folgen von Mängeln des Verfahrens, in ZZP., Bd. 11, S. 1 ff.

Förster-Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1913.

Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Berlin 1929.

Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung, Bd. 2, S. 219 ff., „Zustellung".

Heilbut, „Müssen" und „Sollen" in der deutschen Zivilprozeßordnung, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 69, S. 331 ff.

Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, Teil 1, Leipzig 1912.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, 2, 3, Leipzig 1903, 07, 09.

Hellwig, Bedeutung des Mangels von Prozeßvoraussetzungen. Heilung und Nachholung. Im Recht, 1905, S. 300 ff.

Just, Zivilprozeßrechtliche Kontroversen, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 68, S. 268 ff.

Klein, Über die Heilung von Mängeln der Ersatzzustellung durch nachträgliche Übergabe des zuzustellenden Schriftstückes. ZZP., Bd. 15, S. 493 ff.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1925.

Lang, Zur Kritik des Zustellungswesens der Reichszivilprozeßordnung in Arch. Ziv. Prax., Bd. 76, S. 265 ff.

Meyer, Die Zustellung nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 30. Januar 1877, in Gruch. Beitr. z. Erläuterg. d. dtsch. Rechts, Bd. 21, S. 780 ff.

Nußbaum, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse. München 1908.

Oertmann, Zustellungs- und Ladungsmängel in ZZP., Bd. 48, S. 437 ff.

Petersen, Die Wirkung wesentlicher Mängel der Zustellung und der Zustellungsurkunde, in ZZP., Bd. 1, S. 70 ff.

Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Lahr 1904.

Pfizer, Die Folge der nicht ordnungsmäßigen Ladung, in Gruch. Beitr., Bd. 31, S. 10 ff.

Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, Nördlingen 1887; Bd. 2, München 1898.

Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1931.

Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1906.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 1, München 1910.

Skonietzki-Gelpcke, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. 1, Berlin 1911.

Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Tübingen 1928.

Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1910.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, Leipzig 1885.

Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung, Bonn 1896.

Walsmann, Der Irrtum im Prozeß, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 102, S. 1 ff.

Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, Stuttgart 1903.

Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1895.

§ 1.

Der Wert einer ganzen Prozeßordnung und damit das Vertrauen des Volkes zu ihr im besonderen und infolge ihrer großen Bedeutung im Rechtsleben auch zur gesamten Rechtsprechung ist in starkem Maße dadurch bedingt, daß der Prozeß in seinem Beginn, seiner Fortführung und der Realisierung der richterlichen Entscheidungen in möglichst einfacher und zweckmäßiger Weise geregelt ist. Zu den Teilen, denen sich der Gesetzgeber einer Zivilprozeßordnung mit besonderer Sorgfalt widmen muß, gehört daher das Zustellungs- und Ladungswesen einerseits und die Vollstreckung der richterlichen Entscheidungen andererseits. Je nachdem nun das Gericht oder die Parteien diese zur Fortführung des Prozesses erforderlichen Maßnahmen treffen, unterscheidet man zwischen dem Amts- und dem Parteibetrieb.

Im Gegensatz zum gemeinen Prozeß, der vollkommen auf dem Boden des Amtsbetriebes stand[1]), d. h. den Standpunkt vertrat, daß das Gericht allein alle erforderlichen Handlungen vornehmen könne und müsse, daß also in dem Ersuchen der Partei um Rechtshilfe auch schon das Ersuchen um Fortführung des Verfahrens und Anordnung der nötigen Prozeßmaßnahmen liege, wählte die deutsche Zivilprozeßordnung von 1879 in ihrer ursprünglichen Fassung in Anlehnung an den code de procédure einen Mittelweg, wenn auch nicht unter vollkommener Übernahme desselben, zu dem die hannoversche bürgerliche Prozeßordnung den Anlaß gab. Die Zivilprozeßordnung behielt damit grundsätzlich den Amtsbetrieb bei, gab aber in einigen sehr wichtigen Punkten, insbesondere in Bezug auf Ladungen, Zustellungen und die Vollstreckung richterlicher Entscheidungen, dem französischen

1) Förster-Kann, allgemeine Bemerkungen vor § 166, Anm. 1.

Einflusse nach[2]). Jedoch auch auf den erwähnten Gebieten folgte man nicht ausnahmslos dem französischen Vorbild, was z. B. aus der Tatsache erhellt, daß auch schon die Zivilprozeßordnung von 1879 in ihrer ältesten Fassung Zustellungen von Amts wegen kannte. Von diesem eingeschlagenen Weg, dem sogenannten „modifizierten Parteibetrieb", erwarteten die Motive[3]) „einen durchaus förderlichen Einfluß ebensowohl auf die ganze Prozeßprozedur als auf den Geschäftskreis, und danach auf das nötige Maß an Arbeitskräften bei den Gerichten". Man wollte also weniger eine grundsätzliche „Reinhaltung der Gerichte", wie das Schlagwort des französischen Prozesses lautete, als gerade eine Geschäftsentlastung derselben. Bei einer derartigen Regelung waren demnach reine Zweckmäßigkeitsgründe maßgebend.

Obgleich die Vorschriften über die Ladung und die Zustellung fast rein technischer Natur sind, greifen sie doch tief in das Prozeßleben ein. Soll z. B. die Zustellung der Klageerhebung[4]) dienen und handelt es sich um einen Zustellungsmangel bei der Klagzustellung, so ist der Fehler der Zustellung zugleich ein Fehler der Klagerhebung. Er ergreift damit den ganzen Klagerhebungsakt, und es ist nicht etwa nur die mit ihr verbundene Ladung mangelhaft; denn der Inhalt der Klagschrift überhaupt ist zustellungsbedürftig[5]). Infolge dieser großen Bedeutung der Zustellungsvorschriften hat es denn auch von der Einführung des Gesetzes an bis in die Gegenwart hinein nicht an Kritikern gefehlt, die vor allem bezüglich des Zustellungswesens den Parteibetrieb teils ganz ablehnten[6]), teils in einzelnen Punkten

---

2) Über den Einfluß des französischen Rechts auf das Zustellungswesen siehe Petersen, ZZP. Bd. 1, S. 73 ff.

3) Hahn, Materialien Bd. 2, S. 139.

4) Der Zustellungsmangel in der Klageschrift verdient bei seiner Bedeutung für die Eröffnung des Prozesses eine eingehende Würdigung und wird im Zusammenhang mit der Beseitigung der Zustellungsmängel näher betrachtet werden.

5) Nicht genau daher Pfizer, ZZP Bd. 13, S. 156 ff., insbesondere S. 169, der von Zustellungs-, Ladungs- und Klageerhebungsmängeln als gleichbedeutenden spricht.

6) Bähr, in Iherings Jahrb. Bd. 23, S. 358; Bd. 24, S. 376; Lang, Arch. Ziv. Praxis. Bd. 76, S. 283.

schwerwiegende Bedenken und weitgehende Reformvorschläge geltend machten [7]).

Auch der Gesetzgeber konnte sich den schweren Gefahren, insbesondere der immer stärker werdenden Prozeßverschleppung, die der Parteibetrieb mit sich brachte, auf die Dauer nicht verschließen. So finden wir in der Folgezeit eine Reihe von Novellen zur Zivilprozeßordnung, die den Parteibetrieb in steigendem Maße durch den Amtsbetrieb ersetzten. Erwähnt sein mögen nur die Novelle von 1909, die den Amtsbetrieb hinsichtlich der Terminsbestimmung, Ladung und Zustellung einführte, und die Novelle von 1924, die Termine und Fristen grundsätzlich der Parteiherrschaft entzog. Noch einen Schritt weiter ging auf diesem Wege in jüngster Zeit das Arbeitsgerichtsgesetz, das für das erstinstanzliche Verfahren sogar die Urteilszustellung im Amtsbetrieb eingeführt hat [8]). Die Entwicklung verläuft demnach heute dahin, daß in wachsendem Maße der Amtsbetrieb an die Stelle des Parteibetriebes tritt, inwieweit zum Wohle einer gedeihlichen Entwicklung des Prozeßbetriebes überhaupt muß erst die weitere Zukunft lehren.

Das Problem des Zustellungswesens ist jedoch nicht allein von höchster legislativer Bedeutung, sondern die Zustellungsvorschriften der Zivilprozeßordnung geben auch mancherlei Anlaß zu Untersuchungen und Entscheidungen, die nicht nur vom wissenschaftlichen Standpunkte aus sehr vielseitig und interessant sind, sondern die auch für die praktische Durchführung des Prozesses eine weittragende Bedeutung haben.

Entsprechend der Bedeutung der Teile, die das Thema umfassen, läßt sich seine Ausführung durch folgende Abschnitte charakterisieren:

I. Wesen der Zustellung.
II. Mängel der Zustellung und deren Folgen.
III. Beseitigung der Folgen der Zustellungsmängel.

---

7) Wach, Vorträge, S. 62 ff.; Hellwig, System, Teil 1, § 164, Anm. 3.
8) § 50 Arbeitsgerichtsgesetz.

Kapitel I.

Wesen der Zustellung.

§ 2.

Bevor auf die Erörterung des eigentlichen Themas eingegangen wird, mögen einige Bemerkungen vorausgeschickt sein über einen Auslegungsgrundsatz, der für alle weiteren Ausführungen eine Richtschnur sein soll.

Jeder Zivilprozeß hat als Ziel die Durchführung privater Rechte einzelner Personen. Das materielle Recht bestimmt, welche wirtschaftlichen und sittlichen Interessen geschützt werden sollen, sagt aber nichts darüber, wie dieser versprochene Schutz gewährt werden soll. Dies ist vielmehr Sinn und Aufgabe des Zivilprozesses. Sein Zweck besteht darin, dem materiellen Rechte zu möglichst schneller und sicherer Durchführung zu verhelfen. Alle seine Normen und Regeln dienen einzig und allein dieser Aufgabe und sind daher niemals Selbstzweck. Stets ist es zu bedauern, wenn das materielle Recht dem formellen Verfahren zum Opfer fällt[1]). Besonders bei der Zustellung und gerade bei den Zustellungsmängeln ist man leicht geneigt, diese Aufgabe des Prozesses zugunsten einer strengen Durchführung des Verfahrens aus dem Auge zu verlieren. Es soll daher bei den späteren Ausführungen immer dieser Zweck des Prozesses an die Spitze gestellt werden, und gerade der angeführte Satz wird dazu beitragen helfen, daß besonders in einzelnen Streitfällen über die Folge mangelhafter Zustellung Entscheidungen getroffen werden, die unbillige Härten vermeiden und in vernünftiger Weise dem Willen des Gesetzgebers entsprechen.

§ 3.

Welches ist nun das Wesen der Zustellung? Glaubt man diese Frage generell lösen zu können, so wird man eine einheitliche Antwort des Schrifttums vergebens suchen; denn

1) Einen Satz, den das Reichsgericht (RGZ. Bd. 70, S. 299) in einer zivilprozessualen Entscheidung mit Nachdruck ausspricht.

schon bei der Definition der Zustellung werden stark unterschiedliche Ansichten vertreten. Jedoch muß hierzu bemerkt werden, daß diese Unterschiede sich weniger aus einer grundsätzlichen Einstellung zum Begriffe der Zustellung, — eine Ausnahme bildet hier nur die Bedeutung des Beurkundungsaktes —, als aus einer mehr oder minder deutlichen Ausdrucksweise ergeben. So definiert eine Reihe von Kommentatoren[2]) die Zustellung als „die Übergabe einer Abschrift oder Ausfertigung eines Schriftstückes durch den Zustellungsbeamten". Eine solche enge Begriffsbestimmung läßt sich nur verstehen, wenn man von der Anschauung ausgeht, daß dieser Teil der Schriftsteller wohl nur die „Zustellung durch Übergabe", wie man sie heute nennen würde, als am häufigsten getätigte Ausführungsart der Zustellung im Auge hatten. Im anderen Falle hätten sie es wohl kaum unterlassen können, auch die z. B. sehr wichtige „öffentliche Zustellung" in den Kreis ihrer Betrachtungen zu ziehen.

Die Motive[3]) sowohl als auch die Mehrheit der Schriftsteller[4]) sehen in der Zustellung „die Mitteilung einer Abschrift oder Ausfertigung des zuzustellenden Schriftstückes unter Beurkundung der erfolgten Mitteilung", während Hellwig[5]) die Zustellung als den „formellen Akt der Gerichtsbarkeit, durch den einer Partei oder einem Dritten Gelegenheit gegeben wird, von einem Schriftstücke Kenntnis zu nehmen", bezeichnet, also die Notwendigkeit des Beurkundungsaktes leugnet. Auf die Bedeutung der Aufnahme einer Urkunde über die erfolgte Zustellung wird weiter unten eingegangen werden. Diese Beurkundung mag zunächst ohne weitere Erörterungen als zum Begriff der Zustellung gehörend angesehen werden.

Am besten würde wohl eine alle Begriffsmerkmale umfassende Definition die folgende sein:

---

2) Z. B. Petersen-Anger, Vorbemerkungen zu § 166, Anm. 3; ähnlich Seuffert, § 166, Anm. 1 und Goldschmidt, § 52, Anm. 1.

3) Hahn, Materialien Bd. 1, S. 221.

4) Skonietzki-Gelpcke, Vorbem. zu § 166, Anm. 1; Schmidt, § 96, Anm. 2; Stein-Jonas, § 190 I; Rosenberg, Lehrbuch § 71 I, 3c; Förster-Kann, § 190, Anm. 1; Struckmann-Koch, § 190, Anm. 3.

5) Hellwig, System Teil I, S. 513.

Zustellung ist der sich in gesetzlich bestimmten Formen vollziehende Übermittlungsakt eines Schriftstückes an eine Partei oder an einen Dritten unter Beurkundung der erfolgten Übermittlung.

Zu diesen „gesetzlich bestimmten Formen" gehört einmal die Vorschrift, daß nur eine Abschrift oder eine Ausfertigung des Schriftstückes übermittelt werden kann, zum andern sind insofern „gesetzliche Formen" vorhanden, als die Zustellungen sich kraft gesetzlicher Vorschrift nach der Art ihrer Ausführung einteilen lassen in Zustellung durch Übergabe (§ 170 ZPO.), zu der mit Besonderheiten auch die Zustellungen von Anwalt zu Anwalt (§ 198) und vom Gericht an einen Anwalt (§ 212 a) gehören, ferner die Zustellungen durch Aufgabe zur Post (§ 175 Abs. 1 Satz 3), die öffentlichen Zustellungen (§§ 203 und 204) und die Zustellungen durch Ersuchen von Behörden (§§ 199 ff.).

Der erwähnte „Übermittlungsakt" ist keineswegs Parteiakt, sondern Staatsakt, und dieser hat die gleiche rechtliche Natur, mag er durch den Gerichtsvollzieher oder durch eine andere Staatsbehörde geschehen. Die Zustellung ist also nicht Botentätigkeit, sondern Vollziehung eines Aktes der Gerichtsbarkeit. Der zustellende Beamte handelt als solcher, nicht als Bote, jedenfalls nicht als Bote im privatrechtlichen Sinne. Die gegenteilige Auffassung beruhte auf der heute wohl kaum noch vertretenen Meinung, daß der Gerichtsvollzieher nur Bote der betreibenden Partei sei [6]).

Über die rechtliche Natur sind, soweit festgestellt werden konnte, grundsätzlich zwei verschiedene Ansichten vorhanden, die deshalb schon voneinander abweichen müssen, weil sie in verschiedenen Grundanschauungen ihren Ausgangspunkt haben. Stein-Jonas [7]) geht von dem Bestreben aus, den Begriff der Zustellung mit dem der Prozeßhandlung in Beziehung zu bringen und faßt deshalb die Zustellung als eine „unselbständige Prozeßhandlung" auf, die bestimmt ist, „anderen Prozeßhandlungen zu dienen und ihnen zu prozessual beachtlichem Dasein zu verhelfen". Jedoch ist mit einer solchen Erklärung des Wesens der Zustellung nicht

6) Nachweise bei Förster-Kann, vor § 166, Anm. 3.
7) Vorbem. 4 zu § 166.

geholfen, da in diesem Falle sofort die äußerst bestrittene Frage nach dem Wesen der Prozeßhandlung[8]) auftaucht. Einen besseren Ausgangspunkt wählt m. E. Goldschmidt[9]), wenn er die Zustellung in den weiteren Rahmen der juristischen Handlungen eingliedert und dann folgerichtig dieselbe als einen „Realakt" charakterisiert. Unter einem solchen versteht die herrschende Lehre mit Enneccerus[10]) eine erlaubte, nicht in Willens- oder Vorstellungsäußerungen bestehende Handlung, welche zunächst einen tatsächlichen, dem Gebiete des Rechts nicht angehörenden Erfolg ins Leben ruft, aber zugleich nach Rechtsvorschrift Rechtswirkungen nach sich zieht". Auf diese Weise umgeht man einmal die schwierige Begriffsbestimmung der Prozeßhandlung, außerdem hat man so die rechtliche Natur der Zustellung in einem im ganzen Rechte geläufigen Begriff untergebracht.

In diesem Zusammenhange erscheint auch eine Gegenüberstellung der Zustellung als eines formellen Übermittlungsaktes mit einer einfachen Mitteilung des Inhalts eines Schriftstückes wünschenswert. Die Parteien oder das Gericht, je nachdem, wem die Zustellung obliegt, können sich nicht beliebiger Personen zum Zwecke der Übermittlung bedienen, und diesen wieder steht es nicht frei, diese Mitteilung in beliebiger Form, sei es durch formlose Ausfertigung von Schriftstücken, sei es durch die mündliche oder durch bloße Vorzeigung eines Schriftstückes erfolgende Mitteilung eines Ereignisses, einer Parteiwillenskundgebung oder einer gerichtlichen Entscheidung, auszuführen. Es sind vielmehr nur die Übermittlungen, die in den in den §§ 166—213 vorgeschriebenen Formen, also nur von genau bestimmten Personen und in gesetzlich geregelter Weise getätigt sind, Zustellungen im Rechtssinne. Dieser strenge Formalismus des Gesetzes läßt sich nur verstehen, wenn man sich die große Bedeutung des Zustellungsaktes vergegenwärtigt. Die Zustellung soll die Tatsache und die Zeit der Übermittlung sicherstellen, den von der letzteren abhängigen Beginn des Fristenlaufes feststellen und die in dieser Richtung unentbehrliche Fiktion der

---

8) Nachweise bei Wilmowski-Levy, § 52, Anm. 2.
9) § 52, Anm. 1.
10) Band I, Teil 1, § 128 III, 3.

Kenntnisnahme ermöglichen. Die formelle Zustellung dient also zumeist dem Interesse nicht des Empfängers, sondern seines die Zustellung betreibenden Gläubigers. Der Empfänger, welchem zugestellt wird, damit gegen ihn die von der Zustellung abhängigen Parteirechte des Gegners wirksam werden, kann daher zwar Mängel in der Zustellung rügen, in der Regel aber ist er nicht dabei interessiert, ob und wann die förmliche Zustellung erfolgt oder der Inhalt eines Schriftstückes anderweitig mitgeteilt ist.

§ 4.

In der oben angeführten Definition der Zustellung ist die Aufnahme einer Urkunde als zum Wesen des Zustellungsaktes gehörend bezeichnet worden. Diese Beurkundung ist also nicht etwa nur ein der Zustellung folgender, der Sicherung des Beweises für das Geschehene dienender besonderer Akt, sondern ein Teil der Zustellung selbst. Unterbleibt die Beurkundung, so ist die Zustellung nichtig. Jedoch ist diese Frage, ob also die Aufnahme einer Zustellungsurkunde zum Wesen und Begriff der Zustellung zu rechnen ist, nicht so unbestritten, wie man es nach dem Wortlaut des § 190 ZPO. annehmen könnte. Eine Anzahl von Schriftstellern steht auf dem hier vertretenen Standpunkt, daß also die Aufnahme einer Urkunde Solennitätsakt ist, andere dagegen sind der Meinung, daß sie nur Beweisakt, die Zustellung somit auch ohne Urkunde gültig ist, wenn sie nur sonst irgendwie bewiesen wird.

Eine Reihe von Kommentatoren billigt die gegenteilige der hier vertretenen Ansicht[11]). Dagegen halten Stein-Jonas[12]) und Seuffert[13]) die Aufnahme einer Zustellungsurkunde für einen notwendigen Bestandteil des Zu-

---

11) Hellwig, System § 165 IV, 1d; Skonietzki-Gelpcke, § 191, Anm. 1; Petersen-Anger, § 191, Anm. 1; Weismann, Lehrbuch Bd. 1, S. 378; Kleinfeller, Lehrbuch § 71 IV 3.

12) § 190 I.

13) § 190, Anm. 1.

stellungsaktes[14]), ebenso auch grundsätzlich Förster-Kann[15]), der es jedoch für ausreichend hält, wenn der Zustellungsbeamte in der Absicht, den Zustellungsakt zu beurkunden, eine Urkunde errichtet hat.

Das Reichsgericht hat sich durchweg[16]) auf den dargelegten Standpunkt gestellt. Die zum Beweise der gegenteiligen Ansicht bei Skoniezki-Gelpcke[17]) zitierten Reichsgerichtsentscheidungen[18]) mögen vielleicht von einer anderen Grundanschauung ausgehen, diese ist jedoch nicht zur wesentlichen Grundlage jener Entscheidungen gemacht worden. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist geteilter Auffassung[19]). Dieselbe Ansicht wie hier wird vertreten u. a. im ROLG. Bd. 6 S. 394 und Bd. 29 S. 75, während das Bayerische Oberste Landesgericht[20]), der entgegengesetzten Meinung folgend, die Zustellungsurkunde für ein bloßes Beweismittel erachtet.

Der § 190 Abs. 1 ZPO. bestimmt:

„Über die Zustellung ist eine Urkunde aufzunehmen",

und § 191 schreibt vor, was die Zustellungsurkunde enthalten „muß". Wenn das Reichsgericht[21]) zu dem Wortlaut dieser Vorschriften bemerkt, daß „sich dieser Ausdrucksweise die neuen deutschen Gesetze und insbesondere die Zivilprozeßordnung zur Kennzeichnung solcher Vorschriften bedienen, die so wesentlich sind, daß ihre Nichtbeachtung die Unwirksamkeit der vorgenommenen Handlung nach sich zieht", so kann dieser Auffassung nicht in dieser Allgemeinheit beigepflichtet werden.

Was den Wortlaut der das Zustellungsverfahren regelnden gesetzlichen Bestimmungen anbelangt, so vermeidet das Gesetz sowohl die eine Androhung von Rechtsnachteilen ent-

---

14) Wie hier, auch Rosenberg, Lehrbuch § 71 I, 3c; Struckmann-Koch, § 190, Nr. 3; RGZ. Bd. 11, S. 404 und Bd. 124, S. 23 ff.

15) § 190, Anm. 1.

16) Es sei besonders auf die Entscheidungen RGZ. Bd. 11, S. 404 und Bd. 19, S. 423, Bd. 124, S. 23 ff. verwiesen.

17) § 191, Anm. 1.

18) Gruch. Bd. 36, S. 126; RGZ. Bd. 52, S. 13.

19) Vgl. die Nachweise bei Stein-Jonas, Anm. 3 zu § 190.

20) Seufferts Arch., Bd. 42, S. 327.

21) RGZ. Bd. 124, S. 22.

haltenden Ausdrücke „nichtig“ und „ungültig“, als auch die instruktionelle Form „sollen“. Dagegen verwendet es in einigen Paragraphen (§§ 191, 192, 205) das imperative Wort „müssen“, in anderen den Indikativ „die Zustellung erfolgt“ bzw. „die Zustellungen erfolgen“, während es in wiederum anderen Paragraphen sich der Infinitivform „hat zu“ und „ist zu“ bedient. Mehrmals, insbesondere bei den die Ersatzzustellung betreffenden Vorschriften wird auch das Zeitwort „können“ angewendet. Die erwähnten Formen des Indikativs und des Infinitivs werden, wie Heilbut[22]) unter Verwertung mehrfacher Beispiele ausführt, teils im Sinne des Wortes „müssen“, teils als gleichbedeutend mit dem Ausdruck „sollen“ vom Gesetz verstanden. Sie gewähren daher ebensowenig wie die übrigen oben in Betracht gezogenen Wortformen einen sicheren Aufschluß über die Absicht des Gesetzgebers. Einen besseren Anhaltspunkt dafür bietet die Entstehungsgeschichte der §§ 190 und 191 (§§ 173 und 174 des Gesetzes alter Fassung). In den Motiven[23]) zur Begründung eines Entwurfes der ZPO. wird ausgeführt (S. 141): „Unter Zustellung versteht der Entwurf: Mitteilung einer Abschrift oder auch einer Ausfertigung des zuzustellenden Schriftstückes unter Beurkundung der erfolgten Mitteilung“, und auf Seite 152[24]) ist hinzugefügt: „die §§ 166—168 betreffen den Zustellungsakt selbst“. Die §§ 166, 167 entsprechen den §§ 173, 174 des Gesetzes alter Fassung und sind mit Änderungen, die ohne Bedeutung sind, Gesetz geworden. Während der gesetzlichen Vorarbeiten ist gegen die mitgeteilte Grundauffassung des Entwurfes vom Wesen der Zustellung von keiner Seite Widerspruch erhoben worden[25]).

Außer durch die Entstehungsgeschichte der betreffenden Gesetzesstellen wird die hier vertretene Ansicht noch durch folgende allgemeine Erwägungen gestützt:

Bei der grundlegenden Bedeutung, die der formelle Zustellungsakt für das gesamte Prozeßverfahren hat, erscheint es durchaus berechtigt, daß der Gesetzgeber die Wirksamkeit

22) In Arch. Ziv. Praxis. Bd. 69, S. 331 ff., insbes. S. 371 f. und 420 f.

23) Hahn, Materialien, Bd. 1, S. 221.

24) Hahn, a. a. O., Bd. 1, S. 230.

25) a. a. O., Bd. 1, S. 571; Bd. 2 S. 957.

der Zustellung von der Aufnahme einer Urkunde abhängig gemacht hat. Über die Bedeutung der Zustellung sagen die Motive S. 141 f.[26]): „Für das mündliche Verfahren ist in jeder Lage des Rechtsstreits und in jeder Instanz der Zustellungsakt von höchster prozessualer Bedeutung. Die Zustellung bildet die erste und eigentliche Grundlage, auf der sich das ganze Verfahren aufbaut, und bedarf schon deshalb einer strengen gesetzlichen Form. Daß legaliter, prompt und sicher zugestellt werde, daß namentlich kein Streit über das Ob und Wie der Zustellung entstehe, erscheint als eine besondere Aufgabe der prozessualen Legislation." Mit diesen zutreffenden Erwägungen wäre es jedoch nicht zu vereinbaren, wenn der Gesetzgeber in der Aufnahme der Zustellungsurkunde nichts weiter als die bloße Schaffung eines Beweismittels gesehen hätte, dessen Nichtherstellung ohne Einfluß auf die Gültigkeit des Aktes wäre und das nur neben anderen Arten des Beweises stände. Man könnte vielleicht auch noch zur Begründung der gegenteiligen Ansicht geltend machen, daß der § 170 Abs. 1 vorschreibe, die Zustellung bestehe in der Übergabe einer Ausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes. Jedoch bedarf es zur Würdigung dieses Paragraphen des Hinweises, daß der § 170 Abs. 1 in § 190 Abs. 1 seine notwendige Ergänzung finden muß. Der Satz der Motive S. 153[27]): „Daß die Zustellungsurkunde eine öffentliche ist und als solche beweist, daß ferner mangelhafte Zustellungsurkunden rücksichtlich ihrer Beweiskraft vom Richter frei zu würdigen sind, bedarf keines Ausspruchs", behandelt zwar mit Mängeln behaftete Zustellungsurkunden, äußert sich jedoch über die Nichtaufnahme solcher Urkunden überhaupt nicht.

Der Zustellungsakt bildet die notwendige Grundlage für die Berechnung von Notfristen, bei denen eine Verlängerung oder eine Abkürzung durch Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen ist[28]), sowie für die vom Gerichtsvollzieher von Amts wegen vorzunehmende Prüfung, ob bei gewissen Prozeßhandlungen, deren prozessuale Wirkung durch ihre Vor-

26) a. a. O., Bd. 1, S. 222.
27) a. a. O., Bd. 1, S. 231.
28) arg. § 224 ZPO.

nahme innerhalb einer Notfrist bedingt ist, die Notfrist gewahrt ist. Für die in dieser Beziehung erheblichen Zustellungen gibt das Gesetz bezüglich der Art und Weise der Feststellung ihres Zeitpunktes keine anderen Normen als für andere Zustellungen. Man wird deshalb hieraus schließen können, daß das Gesetz den Zustellungsakt allgemein so geregelt hat, daß der vorgekennzeichnete Gesetzeszweck jenes Aktes gesichert ist. Wäre nun aber die Aufnahme der Zustellungsurkunde nicht wesentlich für den Zustellungsakt, sondern nur instruktionell vorgeschrieben als Herstellung eines besonderen Beweismittels für einen gesetzlich bestimmten Tatbestand, welcher — auch ohne Aufnahme einer Zustellungsurkunde — den wirksamen Zustellungsakt bildete, so wäre es doch nötig gewesen, in Bezug auf die Mittel zur Klarlegung dieses Tatbestandes besondere gesetzliche Normen des Prozeßrechts für die zivilprozessuale Feststellung bedeutsamer Tatsachen anzuwenden. Dann würden aber die Normen der §§ 138 Abs. 2, 288 dazu führen, in Wirklichkeit Prozeßakte, welche nach dem Gesetzeswillen in bestimmten Beziehungen dem Einflusse der Parteien nicht unterworfen sein sollen, in diesen Beziehungen von solchem Einflusse abhängig zu machen.

In diesem Zusammenhange mag noch darauf hingewiesen werden, daß aus der Bejahung der hier aufgeworfenen Frage noch nichts für die Beantwortung einer anderen Frage folgt. Es kann nämlich, sofern eine Zustellungsurkunde aufgenommen, die Zustellung also damit wirklich erfolgt ist, der Beweis der Ordnungsmäßigkeit der Zustellung auch durch sonstige Beweismittel geführt werden, wenn die Zustellungsurkunde verloren gegangen ist oder aus einem anderen Grunde nicht vorgelegt werden kann[29]). Es braucht also auch z. B. der erschienene Beklagte den Nachweis für die erfolgte Zustellung der Klageschrift und damit für seine Ladung zum Termine nicht unbedingt durch Vorlegung der Zustellungsurkunde zu führen[30]). Ein anderer Tatbestand lag der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 21 S. 434 zugrunde, wo ein besonderer Nachweis der Zustellung gefor-

29) J. W. 1899, S. 163; RGZ. Bd. 31, S. 433.
30) RGZ. Bd. 12, S. 365.

dert wurde, weil hier beide Parteien nicht erschienen waren und der Antrag auf Versäumnisurteil von zwei Nebenintervenienten gestellt war.

Derselbe Fall, daß nämlich infolge Fehlens des Beurkundungsaktes die Zustellung nichtig ist, liegt vor, wenn die Unterschrift des Gerichtsvollziehers unter der Urschrift der Zustellungsurkunde fehlt. In diesem Falle ist eine Urkunde über die Übergabe überhaupt nicht aufgenommen. Denn die in § 191 Ziff. 7 vorgeschriebene Unterzeichnung der Zustellungsurkunde durch den Zustellungsbeamten ist ebenso wie die in § 198 Abs. 2 vorgesehene Unterschrift des Rechtsanwalts unter dem Empfangsbekenntnis für den Begriff der Zustellungsurkunde so wesentlich, daß ein solches nichtunterzeichnetes Schriftstück keine „Urkunde" im Rechtssinne darstellt. Ein derartiges Schriftstück kann man vielmehr nur als einen „Entwurf einer Urkunde" bezeichnen, und der Beurkundungsakt ist infolge der Nichtunterzeichnung nicht zum Abschluß gelangt [31]). Die fehlende Beurkundung kann auch nicht dadurch ersetzt werden, daß der Gerichtsvollzieher eine beglaubigte Abschrift einer in Wirklichkeit nicht vorhandenen Urkunde anfertigt und dem Zustellungsempfänger aushändigt. Denn nicht die Herstellung einer beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde, sondern die Aufnahme der Urschrift ist für die Wirksamkeit der Zustellung wesentlich [32]) [33]).

§ 5.

In engster Verbindung mit dem Problem der Bedeutung des Beurkundungsaktes steht die Frage, welche Folgen die Verletzung einer den Inhalt der Zustellungsurkunde betreffenden Vorschrift des § 191 zeitigt. Dabei kann die Verletzung der Vorschrift des § 191 Ziffer 7 außer Betracht bleiben, da diese das Fehlen einer Zustellungsurkunde und damit Nichtigkeit der Zustellung überhaupt zur Folge hat. Jene Frage ist von den einzelnen Schriftstellern in verschiedenster Weise beantwortet worden.

31) RGZ. Bd. 46, S. 377.
32) Stein-Jonas, § 190, Anm. 3.
33) Fitting, ZZP. Bd. 11, S. 59.

Einige Schriftsteller wie Seuffert[34]) und Stein-Jonas[35]) halten die Verletzungen der in § 191 enthaltenen Vorschriften für einen sacherheblichen Mangel, infolgedessen die Zustellung für nicht ordnungsmäßig geschehen und daher ungültig.

Als Begründung ihrer Ansicht führen die erwähnten Schriftsteller aus, daß die gegnerische Meinung schließlich zu der Konsequenz führen müsse, daß die Aufnahme einer Zustellungsurkunde überhaupt nicht zum Wesen der Zustellung gehöre, einer Konsequenz, die sie auf keinen Fall ziehen wollen. Denn wenn von den einzelnen in § 191 angeordneten Vorschriften jede für sich unwesentlich sei, so könne eine Beurkundung irgendeines Vorganges überhaupt nicht zum Tatbestande der Zustellung gehören. Dagegen macht z. B. Seuffert a. a. O. bei § 191 Ziffer 6 eine Ausnahme und läßt trotz des Mangels der Bemerkung, daß eine beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde übergeben ist, die Zustellung gültig sein. Mit Recht sagt Oertmann[36]) von dieser Ansicht, daß sie zu einem „verwerflichen, das gute Recht der Partei gefährdenden Formalismus" führe. Einen ähnlichen gemäßigten Standpunkt wie schon bei dem Problem der Bedeutung der Zustellungsurkunde vertritt auch hier Förster-Kann[37]), der auch in diesem Zusammenhange nur gewisse Mindesterfordernisse für den Beurkundungsakt fordert. In stärkstem Gegensatz zu den beiden vorgekennzeichneten Meinungen stehen Hellwig[38]) und Oertmann a. a. O. Beide Schriftsteller leugnen die Aufnahme einer Urkunde als eines zum Wesen der Zustellung gehörenden Aktes und halten infolgedessen auch die Nichtbeobachtung jedes einzelnen Erfordernisses des § 191 für einen unwesentlichen, keine Rechtsfolge nach sich ziehenden Mangel.

Bei der Beurteilung dieser Frage ist einmal von der oben dargelegten Ansicht auszugehen, daß der Zustellungsakt ohne die Aufnahme einer Urkunde nichtig ist. Sodann ist aber weiter zu prüfen, welche Bedeutung dieser Urkunde,

34) Anm. 8 zu § 191; Anm. 1 zu § 171.
35) Anm. 1 zu § 191.
36) JW. Bd. 48, S. 439.
37) § 190, Anm. 1.
38) System, Teil I, § 165, Anm. 4 d.

wenn sie einmal aufgenommen ist, zukommt. Wie schon bei Würdigung des Beurkundungsaktes ausgeführt wurde, kann die erfolgte Zustellung, wenn überhaupt erst einmal eine Urkunde aufgenommen ist, auch durch anderweitige Beweismittel dargetan werden. Sie ist also, wenn einmal aufgenommen, was zur Gültigkeit des Zustellungsaktes unbedingt erforderlich ist, kein besonderes Beweismittel in dem Sinne, daß sie andere für den Beweis der erfolgten Zustellung ausschlösse. Von diesem Standpunkte aus ist es nur ein Schluß per argumentum a maiore ad minus, wenn man zu dem Ergebnis kommt, daß ein Verstoß gegen die Vorschriften des § 191 nur die Wirkung hat, daß die Zustellungsurkunde allein nicht geeignet ist, die gültig geschehene Zustellung zu beweisen. Dagegen ist es nicht ausgeschlossen, daß durch die Urkunde in Verbindung mit anderen Beweisen die Ordnungsmäßigkeit der Zustellung dargetan wird. Denn das Gesetz schreibt nirgends vor, daß die Zustellung nur durch Vorlegung der Zustellungsurkunde nachgewiesen werden könne. Nun ist es aber sehr wohl möglich, daß die Zustellungsurkunde in einzelnen Punkten der gesetzlichen Vorschrift entspricht, während sie bezüglich anderer nicht ordnungsmäßig ist. Für diesen Fall wird die Frage entscheidend sein, ob man beim Vorliegen von Mängeln der Zustellungsurkunde überhaupt noch von einer Beurkundung sprechen kann. Für diese Frage wird eine generelle Antwort schwerlich zu finden sein. Am besten wird man es auf den Einzelfall abstellen und jedes Mal prüfen müssen, ob ein Mangel der Zustellungsurkunde als wesentlich oder unwesentlich angesehen werden muß. Nur wenn es sich um unwesentliche Mängel der Urkunde handelt, wird die Wirksamkeit der Zustellung nicht in Frage gestellt[39]). Der von Seuffert vertretenen Ansicht ist das zuzugestehen, daß ein Verstoß gegen § 191 einen „wesentlichen" Mangel der Zustellungsurkunde darstellt, auch ohne daß man entscheidendes Gewicht auf das Wort „muß" am Eingange des Paragraphen legt. Aber die Folge dieses Mangels ist nur die oben erwähnte, nicht die Nichtigkeit des ganzen Zustellungsaktes[40]).

39) RGZ. Bd. 124, S. 27; siehe auch Bd. 109, S. 267 f.

40) Diese Ansicht vertritt insbes. das Reichsgericht (RGZ. Bd. 17, S. 407 ff., Bd. 52, S. 13; vgl. auch RGZ. Bd. 109, S. 267).

Kapitel II.

Mängel der Zustellung und deren Folgen.

§ 6.

Die Zivilprozeßordnung bestimmt nicht allgemein die Folgen von Mängeln der Zustellung. Nur in wenigen Fällen und selbst dann nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen erklärt sie nicht ordnungsmäßige Zustellungen für giltig (cf. §§ 180 Abs. 2, 187, 188 Abs. 4, 206 Abs. 2). Hieraus hat das Reichsgericht[1]) per argumentum e contrario schließen zu müssen geglaubt, daß in den übrigen Fällen die Zustellung ungültig sei. Jedoch ist dieser Schluß wie häufig der des argumentum e contrario wenig überzeugend, weil man auch nicht mit Bestimmtheit sagen kann, ob es sich um Ausnahmevorschriften oder um den Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes im Gesetze handelt. Die herrschende Lehre beruft sich daher auf den code de procédure civile, in welchem jeder Verstoß gegen die Vorschriften über die Zustellung mit Nichtigkeit bedroht ist, und welcher in starkem Maße das Vorbild unseres Prozesses geworden ist[2]). Klein[3]) weist darauf hin, daß das Gesetz die Zustellung und die dabei zu beachtenden Formen sehr ausführlich geregelt hat. Insbesondere verlange es, daß in der Zustellungsurkunde die genaue Angabe, an wen und bei Ersatzzustellungen die der Gründe, aus welchen an einen andern als an den Adressaten zugestellt worden ist, sich befinde. Dies zeige die hohe Bedeutung, die das Gesetz dem Zustellungsakt beimesse. Es solle dadurch dem Richter die Möglichkeit der Prüfung der Ordnungsmäßigkeit des Zustellungsaktes gegeben werden. Dies sei aber nur begründet, wenn von der ordnungsmäßigen Zustellung ihre Gültigkeit abhänge.

Grundsätzlich kann allen diesen Ausführungen zugestimmt werden, ohne daß man freilich für die Bestimmungen der Zustellungsurkunde diesem strengen Standpunkte beizu-

---

1) Bd. 14, S. 338 ff.
2) Seuffert, § 170, Anm. 1.
3) JW Bd. 15, S. 493 ff.

treten braucht[4]). Auch in bezug auf die übrigen Zustellungsmängel, insbesondere im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Unwirksamkeit der Zustellung, bedarf diese Ansicht einer gewissen Abschwächung, wie sich aus dem Folgenden ergibt.

Eine Behandlung der Zustellungsmängel und deren Folgen ist von verschiedenen Ausgangspunkten aus möglich. Als der einfachste Weg, um zum Ziele zu gelangen, mag zunächst der erscheinen, daß man die verschiedenen Zustellungsmängel einzeln aufführt und an einen jeden sich eine bestimmte Folge knüpfen läßt. Jedoch besteht hierbei einmal die Gefahr, daß die Vollständigkeit einer solchen Liste der Zustellungsmängel nicht erreicht wird, zum andern würden sich sofort Schwierigkeiten in dem weiteren Aufbau, vor allem unnütze Wiederholungen z. B. in bezug auf die Folgen der Zustellungsmängel ergeben. Am besten wird man zu einer einheitlichen Durchführung gelangen, wenn man — wie geschehen — die „formellen" Mängel des Beurkundungsaktes, d. h. Mängel der Zustellungsurkunde, in diesem Abschnitte ganz ausscheidet und in dem viel flüssigeren Zusammenhange mit dem Wesen der Zustellung behandelt. Unter Fortlassung dieser formellen Zustellungsmängel sollen in diesem Abschnitte nur die Mängel eine Behandlung finden, die den Zustellungsakt als solchen betreffen. Unter diesen Zustellungsmängeln lassen sich im Hinblick auf die Folgen, die sich an sie im einzelnen knüpfen, zwei Gruppen unterscheiden. Die erste umfaßt die relativen Zustellungsmängel, das sind solche, die die Wirkungen der Zustellung zunächst noch nicht herbeiführen; die zweite enthält die absoluten, die die Wirkungen der Zustellung überhaupt nicht nach sich zu ziehen vermögen.

Bei der ersten Gruppe handelt es sich um Fälle, in denen zunächst die Wirkungen in der Zustellung noch nicht in vollem Umfange eintreten, wobei aber diese Wirkungen sich noch in der Schwebe befinden und bei einem meist bald folgenden Ausgleich des Mangels im vollen Umfange eintreten. Nicht Wirkungslosigkeit des ganzen Zustellungsaktes ist die Folge, sondern es tritt nur ein Aufschub, eine Sus-

4) Siehe oben § 4.

pension der Zustellungswirkungen ein. Die Mängel sind somit nur relativ: die Zustellung ist praktisch also von dem Gerichte nur solange als nicht vorhanden zu behandeln, als die Genehmigung von derjenigen Partei, auf deren Seite die Mängel bestehen, noch nicht ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt ist. Zu dieser Gruppe von Zustellungsmängeln gehört einmal der Fall, daß zugestellt ist an einen nicht vertretungsberechtigten Vertreter einer Partei oder umgekehrt an die prozeßunfähige Partei statt an den gesetzlichen Vertreter, daß also der Zustellungsempfänger nicht vertretungsberechtigt ist. Eine gleiche Behandlung muß aber auf der andern Seite der Fall erfahren, daß die Zustellung veranlaßt worden ist durch einen nicht bevollmächtigten Vertreter der Partei.

Ein solcher Mangel in der Vertretungsmacht zieht schon nach bürgerlichem Recht nicht Unwirksamkeit des Handelns nach sich, sondern läßt nur einen Schwebezustand eintreten, der sich durch Genehmigung von Seiten der unbefugt vertretenen Partei in völlige Wirksamkeit verwandelt (§§ 177, 180 BGB.). Damit ist freilich noch nicht bewiesen, daß auch im Prozeßrecht diese Fälle eine ähnliche Behandlung erfahren. Jedoch spricht das Gesetz selbst eine solche Regelung für den Fall aus, daß ein Nichtberechtigter gehandelt hat, also auch hat zustellen lassen, indem es in § 89 Abs. 2 ZPO. erklärt:

„Die Partei muß die Prozeßführung gegen sich gelten lassen, wenn sie auch nur mündlich Vollmacht erteilt oder wenn sie die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat."

Bei nicht allzu enger Auslegung wird man diese Vorschrift nicht nur für die Aktivvertretung, sondern auch ebensogut für die Passivvertretung gelten lassen müssen. Denn auch in der bloßen Entgegennahme einer Erklärung kann man durchaus ein prozessuales Handeln erblicken [5]).

Zur weiteren Erhärtung dieser Ansicht mögen noch zwei andere gesetzliche Vorschriften dienen. In den §§ 551 Nr. 5, 579 No. 4 ZPO. wird die Zulässigkeit der Revision und der Nichtigkeitsklage bestimmt,

---

5) So auch RGZ. Bd. 9, S. 69.

„wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat". Voraussetzung ist hier nur, daß die Partei in dem konkreten Verfahren nicht vorschriftsmäßig vertreten war, nicht etwa, daß die Partei überhaupt keinen Vertreter hatte. Unter Vertretung ist hier wie sonst sowohl die auf Willensakt der Partei beruhende, als auch die gesetzliche Vertretung zu verstehen, und der Begriff der Vertretung umfaßt sowohl die Vornahme als die Entgegennahme einer Handlung für einen anderen. Sowohl bei der Aktiv- als auch bei Passivvertretung werden in diesem Falle die Folgen des Mangels durch Genehmigung ausgeglichen. Was aber wegen des Einflusses des Mangels auf die Revision und die Nichtigkeitsklage gilt, das wird auch allgemein gelten müssen, so daß man aus dieser Bestimmung — wenn auch nicht zwingend — den Schluß ziehen kann, daß auch der Mangel der Passivvertretung allgemein durch Genehmigung beseitigt werden kann.

Ebenfalls als ein Mangel gesetzlicher Vertretung ist auch die Unfähigkeit der Parteien anzusehen, vor einem Kollegialgerichte selbständig aufzutreten, d. h. überhaupt vor einem solchen Gerichte Prozeßhandlungen anders als durch einen bei demselben zugelassenen Rechtsanwalt wirksam vorzunehmen (§ 78 Abs. 1). Diese Vorschrift beruht auf der Erwägung des Gesetzgebers, daß nur ein solcher Anwalt in ausreichender Weise beurteilen könne, welche Maßnahmen zu zweckdienlicher Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung erforderlich sind. Deshalb muß auch eine nicht auf Betreiben eines solchen Anwalts erfolgende Zustellung als unwirksam angesehen werden, jedoch ebenfalls nur relativ, daß also die Unwirksamkeit völlig verschwindet, wenn die Zustellung nachträglich von einem bei dem Gerichte zugelassenen und zur Vertretung der Partei von ihr ermächtigten Rechtsanwalte genehmigt wird. Auch diese Entscheidung gründet sich auf §§ 89 Abs. 2, 551 Nr. 5, 579 Nr. 4 ZPO. Vom Reichsgerichte ist diese Ansicht insofern anerkannt, als es entschieden hat[6]), daß mit Zustimmung des befugten Anwalts

6) RGZ. Bd. 9, S. 346 ff.

der Zustellungsakt selbst mittels Auftrags an einen Gerichtsvollzieher zur Bewirkung desselben oder mittels Übergabe des Schriftstückes an den Gegenanwalt gegen Empfangsbekenntnis (§ 212a ZPO.) auch durch einen anderen Anwalt oder durch die Partei selbst vorgenommen werden kann.

Dieselbe rechtliche Behandlung verdient auch der Fall, daß in einem anhängigen Rechtsstreite die Zustellung nicht gemäß § 176 ZPO. an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgt ist. Bei der Schaffung dieser Bestimmung ging nämlich der Gesetzgeber von der Rücksicht aus, daß eine Partei durch Ernennung eines Prozeßbevollmächtigten den Willen zum Ausdruck bringt, persönlich nichts mehr mit dem Rechtsstreit zu tun haben zu wollen, und daß daher auch Zustellungen nur noch an den Prozeßbevollmächtigten wirksam erfolgen können. Die Zustellung an die Partei selbst, trotzdem ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden ist, ist demnach ebenso wie in den vorigen Fällen unwirksam. Aber auch hier ist die Unwirksamkeit nur eine relative, die durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung von Seiten der Partei behoben wird, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um die Wahrung einer Notfrist handelt oder nicht. Als eine absolute, welche nicht durch Genehmigung geheilt werden kann, — es ist hier freilich unzutreffend vom Verzicht nach § 295 ZPO. die Rede —, wird die Unwirksamkeit wenigstens für den Fall, daß es sich um die Wahrung einer Notfrist handelt, vom Reichsgericht [7]) angesehen [8]).

§ 7.

Die zweite Gruppe von Zustellungsmängeln bildet nur insofern eine Einheit, als die Wirkung dieser Mängel eine absolute ist, d. h. die Folgen der Zustellung werden nicht

7) RGZ. Bd. 4, S. 414 ff. und Bd. 9, S. 367 f.

8) Ebenso auch Wilmowski-Levy, § 156, Anm. 1, wenn auch für den Fall, daß es sich um eine Notfrist handelt, Verzichtbarkeit nach § 295 ZPO. angenommen wird. Unklar ist die Ansicht von Heilbut, a. a. O., S. 380 ff., wonach die Zustellung an die Partei anstatt an den Prozeßbevollmächtigten zwar absolut den Lauf einer Notfrist nicht bewirken, wohl aber unter Umständen, namentlich bei Verzicht nach § 295 ZPO. zur Wahrung einer Notfrist genügen kann.

herbeigeführt. Für eine Genehmigung ist in diesen Fällen kein Raum. Handelt es sich um einen Zustellungsmangel in der Klagerhebung, so treten weder die prozessualen noch die materiellen Folgen der Klagzustellung ein.

Hierher gehört einmal der Fall[9]), daß eine Zustellung überhaupt unterblieben ist, die Zustellung ist nur als erfolgt beurkundet worden. Obgleich es sich hier nicht um einen eigentlichen „Mangel" in der Zustellung handelt — denn es liegt ja überhaupt keine Zustellung vor — mag doch dieser Tatbestand in diese zweite Gruppe von Zustellungsmängeln aufgenommen werden, da doch immerhin eine Beurkundung erfolgt ist, die natürlich allein niemals als eine und sei es auch noch so unvollkommene Zustellung angesehen werden kann. Zum anderen wird man auch das völlige Fehlen als einen Mangel in stärkstem Ausmaße auffassen können. Ähnlich gelagert sind zwei andere Fälle: So kann einmal die Zustellung erfolgt sein an eine andere als die in dem Schriftstück benannte Person, z. B. infolge Unachtsamkeit des Zustellungsbeamten an Meyer statt an Mayer. Auch in diesem Falle fehlt das eine der Begriffsmerkmale der Zustellung, da Gewährung der Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht erfolgt ist. Der zweite hierher gehörende Tatbestand ist der, daß nicht zugestellt worden ist durch den Gerichtsvollzieher oder durch die Post, sondern die Partei hat selbst oder durch einen privatrechtlichen Vertreter dem Gegner den Inhalt eines Schriftstückes mitgeteilt. Hier liegt der Zustellungsmangel darin, daß nur der Gerichtsvollzieher oder eine andere vom Gesetz dazu bestimmte Person die Zustellung vornehmen kann, und daß auch eine Beurkundung des Mitteilungsaktes unterblieben ist.

Ferner gehören zu dieser Gruppe Fälle von Zustellungsmängeln, deren Folge aus dem Grunde absolute Unwirksamkeit der erfolgten Zustellung ist, weil gewisse gesetzliche Vorbedingungen fehlen, die erfüllt sein müssen, damit eine Zustellung wie die geschehene gültig ist. Hierher ist einmal der Tatbestand zu rechnen, daß im Wege der Ersatzzustellung

---

9) Die hier erfolgte Aufzählung beansprucht nicht, eine lückenlose zu sein. Es sind vielmehr nur die wichtigsten Fälle herausgenommen.

bzw. öffentlich zugestellt worden ist, obgleich die gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 181 ff. bzw. 203 ZPO. nicht vorliegen. Auch dort, wo von Amts wegen zugestellt ist, während die Zustellung durch die Partei hätte erfolgen müssen, z. B. entgegen der Vorschrift des § 317 ZPO. erscheint eine gleiche rechtliche Behandlung angebracht.

In allen diesen Fällen treten die Folgen der Zustellung nicht ein. Die Zustellung bewirkt nicht die Wahrung einer laufenden Frist und setzt andererseits auch nicht eine solche in Lauf. Eine mangelhaft zugestellte Klage begründet keine Rechtshängigkeit, es treten weder die materiellen noch die prozessualen Folgen der Rechtshängigkeit ein. Eine mangelhaft zugestellte Klage verfällt der Abweisung.

Soweit besteht noch Einmütigkeit der Ansichten. Streitig ist nur die Form der Entscheidung, durch die die Klage wegen des Zustellungsmangels abgewiesen wird. Eine Reihe von Schriftstellern fordert eine Abweisung des Klagantrages durch Beschluß[10]). Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht die herrschende Lehre[11]). Sie fordert Abweisung der Klage durch Endurteil als unzulässig oder angebrachtermaßen (sog. absolutio ab instantia). Jedoch fast überall vermißt man bei ihr eine Begründung, und besonders wird die entscheidende Frage, unter welchen Voraussetzungen ein „Rechtsstreit" im Sinne des Gesetzes als vorhanden angesehen werden soll, in der Regel völlig übersehen. Nur Weizsäcker[12]) und Hellwig[13]) gehen darauf ein. Nach der Ansicht von Weizsäcker soll eine Grundlage für ein Urteil schon dann gegeben sein, wenn die Klage dem Beklagten wenigstens „mitgeteilt" sei, weil dann ein prozessualer Angriff gegen den Beklagten vorliege. Da der Rechtsstreit aber gerade erst durch die Klagerhebung anhängig wird, und für diese keineswegs eine bloße Mitteilung genügt, die einerseits weder eine eigentliche Mitteilung notwendig in sich

---

10) Just, Arch. Ziv. Prax. Bd. 68, S. 318 ff.; Pfizer, Gruch. Beitr. Bd. 31, S. 10 ff.

11) Seuffert, § 253, Anm. 6; Stein-Jonas, § 253, Anm. 6; Wach, Vorträge, S. 28 f.; RGZ. Bd. 45, S. 398, Bd. 53, S. 239.

12) ZZP. Bd. 27, S. 54 ff.

13) System, Teil 1, § 112, Anm. 2.

schließt (vgl. die öffentliche Zustellung), andererseits aber auch nicht durch sie ersetzt werden kann, so erscheint die Ansicht Weizsäckers gegenüber dem positiven Recht unhaltbar. Dasselbe gilt auch von der Ansicht Hellwigs, nach der die Grundlage für ein Urteil schon dann gegeben ist, wenn die Klage nach erfolgter Terminsbestimmung durch den Richter überhaupt zugestellt ist, wenn auch in fehlerhafter Weise.

Folgt man der herrschenden Meinung, so müßte die Klage von neuem angestellt werden. Bei einer bloßen Zurückweisung durch Beschluß braucht dies dagegen nicht zu geschehen; denn in diesem Falle wird nur der Antrag auf Verhandlung zurückgewiesen. Es ist somit über das Schicksal des Prozesses noch nicht entschieden, zumal da ja noch eine Beseitigung des Mangels möglich ist. Würde man die Klage durch Prozeßurteil abweisen, so hieße das „den bloßen Mangel des zufälligen Verhaltens wie den dauernden Mangel einer Prozeßvoraussetzung behandeln“ [14]).

Aber nicht nur diese Erwägungen sprechen für eine Abweisung durch Beschluß, sondern das Gesetz selbst bietet die Handhabe zu einer solchen Schlußfolgerung. Es bestimmt in § 335 ZPO., daß der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils zurückzuweisen sei,

„wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war“.

Der Kläger hat aber die Möglichkeit, einen solchen Beschluß zu vermeiden, indem er Vertagung beantragt. Daß das Gesetz mit einer solchen Vertagung rechnet, ergibt sich aus § 335 Abs. 2 ZPO.:

„wird die Verhandlung vertagt, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine zu laden“.

Dieser gesetzliche Tatbestand regelt den Fall, daß der nicht ordnungsmäßig geladene Beklagte nicht erscheint. Nicht ordnungsmäßig geladen ist der Beklagte auch dann, wenn die Zustellung einen Mangel der oben erwähnten Art aufweist. Für die Form der Zurückweisung kann es aber keinen Unterschied machen, ob der Beklagte erscheint oder nicht. Eher noch wird man zu dem gegenteiligen Schluß gelangen

14) Oertmann, ZZP. Bd. 48, S. 446.

können: Erscheint der Beklagte, so gibt er damit zu erkennen, daß die nicht ordnungsmäßig zugestellte Ladung höchstens den Nachteil für ihn gehabt hat, daß er sich nicht gehörig vorbereiten konnte. Deswegen erscheint es auch gerechtfertigt, wenn dem Beklagten das Recht zugestanden wird, in diesem Termine eine Verhandlung abzulehnen und Vertagung zu beantragen. Nicht angebracht erscheint es aber, daß der Beklagte volle Abweisung der Klage begehrt; denn hier würde der Mangel der Zustellung trotz des Erscheinens des Beklagten weitergehende Folgen nach sich ziehen als in dem Falle, wo infolge des Zustellungsmangels der Beklagte nicht erscheint, und somit sein Interesse um so mehr gefährdet wird.

Kapitel III.

Beseitigung der Folgen von Zustellungsmängeln.

§ 8.

Es entsteht nunmehr die Frage, ob Möglichkeiten bestehen, um die Unwirksamkeit der Zustellung aufzuheben, insbesondere wenn es sich um einen Mangel in der Klagzustellung handelt, der Klagabweisung zu entgehen. In der Tat zeigt das Gesetz verschiedene derartige Wege zur Beseitigung der Folgen der Zustellungsmängel: „Die Heilung" und die Nachholung des Zustellungsmangels; dazu tritt mit stark beschränktem Anwendungsgebiet der § 187 ZPO. Durch diese Möglichkeiten gewährt das Gesetz eine Handhabe, die verhindern soll, daß Mängel der Zustellung noch von Bedeutung sind, nachdem das Verfahren bereits einen bestimmten Punkt überschritten hat. Jetzt soll das Verfahren seinen Fortgang nehmen, ohne daß die Gefahr besteht, daß prozessuale Verstöße noch in irgendeiner Weise hemmend auf das Verfahren einwirken können.

Die Tatbestände dieser drei Beseitigungsmöglichkeiten sind verschiedene und deshalb besonders zu erörtern. Eine jede von ihnen hat eine Reihe von speziellen Voraussetzungen,

und eine jede ist auch mit verschiedenen besonderen Wirkungen ausgestattet. Am umfassendsten sind diese bei der sog. Heilung.

Unter Heilung ist zu verstehen: Beseitigung des Zustellungsmangels in der Weise, daß es so anzusehen ist, als sei er von vornherein gar nicht vorhanden gewesen.

Auf Grund der ihnen zu Grunde liegenden Vorschriften, vor allem aber ihrem Inhalte nach lassen sich folgende beiden Heilungsmöglichkeiten unterscheiden. Zunächst kann eine Genehmigung in den oben dargelegten Fällen[1]) erfolgen. Dies ist so gut wie allgemein anerkannt[2]). Den Ausführungen Seite 25 ff. über die Genehmigung ist nur das hinzuzufügen, daß im Gegensatz zu den Vorschriften des BGB. über die Genehmigung auch der Fall genehmigungsfähig ist, in dem ein Prozeßunfähiger zugestellt hat oder an einen solchen die Zustellung erfolgt ist. Denn hier liegt kein Grund vor, analog der Unterscheidung des BGB. zwischen beschränkter Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit auch im Prozeßrecht zwischen beschränkter Prozeßfähigkeit und Prozeßunfähigkeit zu unterscheiden. Vielmehr ergibt sich mit Deutlichkeit aus dem schon früher herangezogenen § 579 Ziff. 4 ZPO., daß die Zivilprozeßordnung jedenfalls für die Genehmigung diesen Unterschied nicht kennt[3]).

§ 9.

Eine zweite Heilungsmöglichkeit bietet der § 295 ZPO.:

„Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet oder wenn sie bei der

---

1) § 6.

2) So die herrschende Ansicht; u. a. Hellwig im Recht 1905, S. 301; Seuffert, § 171, Anm. 4; Fitting, ZZP. Bd. 11, S. 13; ebenso Oertmann, ZZP. Bd. 48, S. 451, mit der Besonderheit, daß er auch die Genehmigung als einen Spezialfall des § 295 ansieht.

3) So Hellwig im Recht 1905, a. a. O. und allgemeine Meinung.

nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder der Mangel bekannt sein mußte.

Die vorstehende Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann."

Diese Heilungsmöglichkeit gilt im Gegensatz zur Genehmigung für alle Arten von Zustellungsmängeln[4]). Dies ist freilich nicht unbestritten. Es mag deshalb in diesem Zusammenhange auf einen Gegensatz zwischen Fitting und Wach hingewiesen werden, der in der verschiedenartigen Behandlung des Mangels in der Klagzustellung besteht. Fitting[5]) unterscheidet unter den Prozeßmängeln drei verschiedene Arten, nämlich die materiellen, die Voraussetzungs- und die Verfahrensmängel, und nur auf letztere will er die Vorschrift des § 295 anwenden, während er bei den Voraussetzungsmängeln, zu denen nach seiner Ansicht die in § 6 aufgeführten Mängel gehören, eine Heilung nur durch Genehmigung zuläßt.. Mit Recht hat sich gegen diese Auffassung Wach[6]) gewandt. Er führt zutreffend aus, daß auch die Voraussetzungsmängel zu den „Verfahrensmängeln" gehören, und daß kein Grund vorliege, den Ausdruck „das Verfahren" in § 295 ZPO. in einem engeren Sinne als sonst aufzufassen. Aber auch seinen Ausführungen über § 295 ZPO. kann nicht in vollem Umfange beigetreten werden. Wach führt weiter aus, daß ein Mangel stets dann verzichtbar sei, wenn der Zweck der fehlerhaften Handlung auch ohne diese erreicht werden könne. Mit einer solchen Formulierung wird man jedoch nicht viel erreichen können, da man häufig einen näheren und einen entfernteren Zweck unterscheiden kann. Es ist daher die Formulierung vorzuziehen, die Seuffert[7]) gibt, nämlich, daß ein Mangel stets dann verzichtbar sei, wenn die verletzte Vorschrift im Interesse der

---

4) Förster-Kann, § 187, Anm. 1.
5) ZZP. Bd. 11 a. a. O.
6) Vorträge, S. 253 ff.
7) § 170, Anm. 1 c.

anderen Partei aufgestellt sei. Nach ihr ist sicherlich ein in § 6 aufgeführter Mangel heilbar, denn die Zustellungsvorschriften sind auch für die Klagezustellung zu dem Zwecke gegeben, damit eine Gewähr dafür bestehe, daß die Gegenpartei von dem drohenden Verfahren Kenntnis erlangt. Diese Auffassung, daß die Zustellungsmängel allgemein gemäß § 295 heilbar sind, ist von der herrschenden Lehre allgemein anerkannt [8]). Nach Ansicht des Reichsgerichts [9]) sollen jedoch Zustellungsmängel, die der Ingangsetzung oder Wahrung von Notfristen dienen, nicht dem Verzicht oder der Präklusion der Mängelrüge nach § 295 unterliegen, da insoweit das Verfügungsrecht der Parteien ausgeschlossen ist [10]). Eine andere Gruppe von Schriftstellern unterscheidet bei diesen Zustellungen zwischen der „den Kern der Zustellung bildenden Übergabe“ [11]) und der Beobachtung der übrigen Formalien. Wenn es an dem Übergabeakt fehlt, soll die Zustellung unheilbar nichtig sein, während die Verletzung von Formvorschriften bei der Ausführung der Zustellung stets heilbar sein soll [12]). Der Ansicht des Reichsgerichts wird im allgemeinen der Vorzug zu geben sein, weil gemäß § 224 ZPO. die Notfristen einer Einwirkung von Seiten der Parteien nicht unterworfen sein sollen. Jedoch macht hier Oertmann [13]) insofern eine Einschränkung, als er nicht allgemein eine Heilung von Mängeln für den Lauf von Notfristen für wirkungslos erklärt, nach seiner Ansicht genügt es vielmehr für die Einhaltung der Notfrist, wenn während deren Laufes der anfängliche Zustellungsmangel geheilt wird [14]).

Im übrigen mag darauf hingewiesen werden, daß diese Streitfrage seit der Novelle von 1909 an praktischer Bedeutung verloren hat, da die Notfristen, zu deren Wahrung eine Zustellung erforderlich ist, gemindert worden sind.

Seinem Inhalte nach läßt sich die Heilungsmöglichkeit

---

8) Seuffert, § 295, Anm. 2; RGZ. Bd. 13, S. 337.

9) RGZ. Bd. 10, S. 365.

10) Ebenso Förster-Kann, § 187, Anm. 1; Weismann, Bd. 1, S. 332.

11) Seuffert, § 170, Anm. 1 b.

12) Seuffert, a. a. O.; Petersen-Anger, § 295, Anmerkung 9.

13) JJP. Bd. 48, S. 456 f.

14) Ebenso Hellwig, System, Teil 1, § 165 VI.

des § 295 in zwei Unterabschnitte zerlegen: Heilung, hier Erlöschen des Rügerechts, durch Verzichtserklärung und durch Präklusion der Rüge.

Die Verzichtserklärung ist eine Prozeßhandlung und kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Sie ist ferner eine einseitige Erklärung, die keiner Annahme bedarf[15]). Dies ist allgemein anerkannt[16]). Bestritten ist dagegen die Frage, ob die Verzichtserklärung unbedingt in der mündlichen Verhandlung erklärt werden muß oder ob auch eine Erklärung der Partei außerhalb der mündlichen Verhandlung, etwa in einem Schriftsatze, der einen Verzicht enthält, genügt, um den Mangel zu heilen. Die herrschende Lehre[17]) steht auf dem strengen Standpunkt und erklärt einen außerhalb der mündlichen Verhandlung ausgesprochenen Verzicht für wirkungslos. Dieser Ansicht hat sich mit beachtenswerten Erwägungen Oertmann[18]) entgegengestellt. Er weist auf den Gegensatz zwischen den beiden Heilungsmöglichkeiten des § 295 hin und erklärt, der Verzicht habe neben der Präklusion, die ja nach dem Gesetzeswortlaut gerade in der mündlichen Verhandlung erfolgen müsse, gar kein Anwendungsgebiet, wenn man auch ihn in den Rahmen der mündlichen Verhandlung einengen wollte. Diesen Ausführungen ist in vollem Umfange zuzustimmen. Es liegt kein Grund vor, weshalb man beim Verzicht nicht auch privaten Erklärungen gegenüber dem Gegner eine heilende Wirkung beimessen will, sondern hier eine Erklärung gegenüber dem Gericht für notwendig hält; denn der Gegner ist von nun an informiert und wird — was doch die Hauptsache ist — sich sicher nicht mehr auf den Mangel berufen, da man ja die Abgabe der Erklärung notfalls durch Zeugen oder Eid beweisen kann[19]).

Dieser Verzichtserklärung auf Ausübung des Rügerechts steht es gleich, wenn die rügeberechtigte Partei trotz Kenntnis des Mangels es unterläßt, im nächsten Verhandlungstermin den Mangel zu rügen. Diese zweite Position des § 295 hat folgende Voraussetzungen:

---

15) Hellwig, System, Teil I, § 173.
16) Seuffert, § 295, Anm. 4.
17) Vor allem Förster-Kann, § 295, Anm. 5a.
18) JJP. Bd. 48, S. 458 f.
19) Ebenso Skonietzki-Gelpcke, § 295, Anm. 5.

Einmal ist erforderlich, daß die rügeberechtigte Partei in der nächsten mündlichen Verhandlung, die auf Grund der mangelhaften Zustellung stattfindet, und zwar bis zum Schlusse derselben, ihr Rügerecht nicht ausübt. Nur eine Unterlassung der Rüge in der mündlichen Verhandlung beseitigt also den Mangel, nicht dagegen eine solche in einem Schriftsatze oder sonstwie außerhalb der mündlichen Verhandlung. Es muß sich ferner um die „nächste" mündliche Verhandlung handeln, d. h. diejenige, die auf die mangelhafte Zustellung folgt. Handelt es sich dagegen um einen Zustellungsmangel, der sich im Zusammenhang mit einer Beweisaufnahme vor dem ersuchten oder beauftragten Richter ereignete, so verliert die Partei das Rügerecht nicht dadurch, daß sie diese Beweisaufnahme vorübergehen ließ, ohne den Mangel gerügt zu haben. Hier genügt es vielmehr, wenn die Partei den Mangel in dem Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung rügt; denn diese ist erst die „nächste" mündliche Verhandlung im Sinne des § 295 [20]).

Ferner ist für die Anwendbarkeit der Position 2 des § 295 erforderlich, daß die rügeberechtigte Partei erschienen ist. Daß auch der Gegner erschienen ist. wird nicht gefordert. Weiter muß die rügeberechtigte Partei den Termin verstreichen lassen, obwohl sie den Mangel kannte. Der Kenntnis steht die auf Verschulden beruhende Unkenntnis gleich. Die Partei verliert ihr Rügerecht z. B. dann nicht, wenn ihr ohne ihr Verschulden erst nach der mündlichen Verhandlung, die auf Grund der mangelhaften Zustellung erfolgt, der Mangel bekannt wird. In diesem Falle ist die „nächste" mündliche Verhandlung erst diejenige, die der Kenntnisnahme folgte bzw. nach dem Zeitpunkt stattfand, an dem die Unkenntnis aufhörte.

Eine Entscheidung des Reichsgerichts [21]), die trotz des Unterbleibens der Rüge das Recht, den Verfahrensmangel geltend zu machen, nicht erlöschen läßt, wenn dem Schweigen der Partei nach Lage des Falles die Bedeutung, das Rügerecht nicht ausnutzen zu wollen, nicht beizumessen ist, gibt Veranlassung, auf ein Problem einzugehen, dessen Erörterung

---

20) J. W. 1902, S. 19.
21) J. W. 1899, S. 742.

in diesem Zusammenhange wünschenswert erscheint. In Frageform gekleidet, würde dieses etwa lauten: Tritt im Falle der zweiten Position des § 295 die Heilung auf Grund eines als stillschweigend erfolgt unterstellten Verzichts oder auf Grund eines gesetzlichen Tatbestandes ein, der den Ausschluß des Rügerechts als eine der Partei infolge des Unterlassens der Rüge nachteilige Folge enthält?

Man wird auch hier ebenso wie in dem ähnlich gelagerten Falle des § 39 ZPO. den letzteren Standpunkt einnehmen müssen. Der Ausschluß des Rügerechts ist demnach die Folge einer gesetzlichen Bestimmung, die anzuwenden ist, ohne daß man auf den Parteiwillen Rücksicht nimmt. Deshalb darf auch der Richter nicht das Fehlen eines Verzichtwillens auf der Seite der Partei berücksichtigen, selbst dann nicht, wenn dieses Fehlen später zugestanden oder sonst erkennbar sein würde. Ebenso wird der Rügeberechtigte nicht mit dem Einwand gehört, er habe dieses sein Recht, den Zustellungsmangel rügen zu können, nicht gekannt und deshalb auch keinen Verzichtwillen haben können.

§ 10.

Diese beiden vorgekennzeichneten Heilungsmöglichkeiten unterscheiden sich nicht nur durch den Namen und die gesetzlichen Bestimmungen, auf denen sie beruhen, sondern sie sind auch ihrem Inhalte nach von Grund auf verschieden.

Einmal bedarf die Genehmigung notwendigerweise einer Willenserklärung [22]). Diese kann sowohl eine ausdrückliche als auch eine stillschweigende sein. Dasselbe gilt freilich auch für die Heilungsmöglichkeit des § 295, soweit eine Verzichtserklärung vorliegt. Dazu tritt aber im Falle des § 295 die Präklusion durch bloßes Unterlassen der Rüge des Mangels in der ersten mündlichen Verhandlung, die auf Grund der mangelhaften Zustellung stattfindet, wenn die Partei erschienen ist und den Mangel kennt oder kennen muß. Dies wird aber immer der Fall sein, denn die Partei wird nur

22) Dies ergibt sich schon aus dem Begriff der Genehmigung; siehe dazu Enneccerus, Bd. 1, Teil 1, § 191.

dann erscheinen, wenn das zugestellte Schriftstück — und sei es auch in noch so unvollkommener Weise — in ihre Hände gelangt ist.

Dagegen hat auf der anderen Seite die Genehmigung ein viel weiteres Anwendungsgebiet, da sie nicht nur in der mündlichen Verhandlung oder überhaupt dem Gericht gegenüber abgegeben zu werden braucht. Sie kann auch, was für den Verzicht bestritten ist[23]), ebenso wirksam außerhalb der Verhandlung vom Gegner erklärt werden[24]). Der Unterschied zeigt sich besonders deutlich in folgendem Falle: Würde der Beklagte in der mündlichen Verhandlung nicht erscheinen und könnte der Kläger nachweisen, daß der Beklagte die bisher mangelhafte Zustellung genehmigt hat, so könnte er Versäumnisurteil gegen den Beklagten erwirken, und zwar bereits in der ersten auf die mangelhafte Zustellung hin angesetzten Verhandlung, während es bei einer Heilung nach § 295 nach der Ansicht des Reichsgerichts[25]) im Falle der Präklusion frühestens in der zweiten Verhandlung möglich ist.

§ 11.

Mag nun die Heilung des Mangels durch Genehmigung, durch Verzicht auf das Rügerecht oder durch Präklusion der Rüge erfolgen, immer ist die Folge die, daß der Zustellungsmangel beseitigt wird. Diese Beseitigung ist insofern eine äußerst wirkungsvolle, als sie mit rückwirkender Kraft geschieht. Diese Wirkung ergibt sich für die Genehmigung schon aus ihrem Begriff und aus ihrer Entwicklung im bürgerlichen Recht[26]). Nach § 295 soll der Verlust des Rügerechts erfolgen, „wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet". Damit kann nur gemeint sein, daß die Partei darauf verzichtet, daß die Vorschrift befolgt wurde, als die infolge Nichtbefolgung der Vorschrift mangelhafte Handlung vorgenommen wurde. Der Verzicht bezieht sich also not-

23) Siehe § 9.
24) Seuffert, § 56, Anm. 1 b.
25) J. W. 1907, S. 713 f.
26) Siehe oben § 6.

wendigerweise auf den Zeitpunkt der Vornahme der Handlung. Da der § 295 ZPO. keinen Unterschied zwischen den Wirkungen des Verzichts und denen der Präklusion macht, so müssen auch für diese die Wirkungen dieselben sein [27]). Der maßgebende Zeitpunkt ist in allen Fällen der der unvollkommen bewirkten Zustellung.

Die Wirkung dieser rückwirkenden Kraft ist die, daß es so anzusehen ist, als sei die mangelhafte Zustellung von vornherein gültig gewesen. Die Heilung schafft also nicht etwas Neues, sondern lehnt sich an etwas unvollkommen Entwickeltes an. Immer ist nämlich Voraussetzung einer Heilung das Vorliegen eines wenn auch noch so unvollkommenen Prozesses [28]).

Von besonderer Wichtigkeit ist die Heilung beim Vorliegen eines Zustellungsmangels in der Klagerhebung. Daß hier die Heilung des Zustellungsmangels sich auf die prozessualen Wirkungen der Klagerhebung bezieht, ist eine Folge des einheitlichen Klagebegriffs der Prozeßordnung. Aber auch das bürgerliche Recht knüpft an den Akt der Klagerhebung zahlreiche Folgen, die sog. materiellen Klagerhebungswirkungen, z. B. Unterbrechung der Verjährung, Verzinsungspflicht, Steigerung der Haftung (§§ 209, 291, 292, 813 BGB.) usw. [29]). Ergreift nun die Heilung auch die materiellen Rechtshängigkeitswirkungen? Dies könnte an sich zweifelhaft sein, denn diese Wirkungen unterliegen in erster Linie nur dem materiellen Recht. Sie sind deshalb auch begrifflich scharf von den prozessualen Wirkungen der Klagerhebung zu trennen [30]), und da die Vorschriften über die Heilung aus dem Prozeßrecht stammen, können sie auch nicht ohne weiteres auf zivilrechtliche Normen angewandt werden. Sie müßten daher an sich für das Prozeßrecht auch keine Bedeutung haben. Diesem Schluß tritt aber der § 267 ZPO. entgegen, wonach auch die materiellen Wirkungen „mit der Erhebung der Klage", d. h. einer solchen im Sinne der Zivilprozeß-

---

27) Dies wird allgemein anerkannt; siehe dazu Seuffert, § 295, Anm. 6.

28) Siehe § 8.

29) Siehe die Zusammenstellung bei Skonietzki-Gelpcke, § 267, Anm. 2.

30) Schmidt, S. 415 f.

ordnung in Verbindung gebracht werden. Die einzige Ausnahme von diesem Grundsatze gibt der § 267 Satz 2 selbst, indem er § 207 ZPO. unberücksichtigt läßt, also einige Wirkungen der Rechtshängigkeit bereits vor der vollendeten Klagerhebung mit Einreichung der Klageschrift bei Gericht entstehen läßt. Aus dieser Bestimmung ergibt sich zwingend der Schluß, daß im übrigen die gesamten Vorschriften der Prozeßordnung über die Klagerhebung auch auf die materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit maßgebenden Einfluß haben müssen, daß sie also insbesondere auch, soweit sie die Frage behandeln, wann die Klage als erhoben und damit die Rechtshängigkeit als eingetreten gelten soll, von entscheidender Bedeutung sind [31]).

§ 12.

In anderer Weise als die Heilung ist die sog. Ergänzung der Zustellungsmängel in ihren Voraussetzungen und Wirkungen geartet. Sie ist begrifflich die Nachholung eines fehlenden Stückes der Zustellung. Sie muß deshalb notwendigerweise zu einem in irgendeiner Weise Vorhandenen hinzutreten, der unvollkommenen Zustellung. Ist eine Zustellung überhaupt nicht erfolgt, so kann man auch nicht von Ergänzung sprechen. Diese Art der Beseitigung von Zustellungsmängeln ist eigentlich etwas Selbstverständliches, und doch gehen auch hier im einzelnen die Ansichten auseinander. Eine Ergänzung kann sowohl in als auch außerhalb der mündlichen Verhandlung erfolgen. Ihr Hauptanwendungsgebiet findet sie in dem Falle, wenn die Zustellung in der Klageschrift mit Mängeln behaftet ist. Es soll deshalb vor allem in eine Betrachtung über diesen Fall eingetreten werden.

Handelt es sich um einen Zustellungsmangel bei der Klageschrift, so wäre es für den Kläger durchaus unbillig, wenn er bis zur mündlichen Verhandlung warten müßte, ob

31) Zustimmend Förster-Kann, § 253, Anm. 4b; Hellwig im Recht 1905, S. 301; dagegen RGZ., Bd. 45, S. 424; Weismann, Bd. 1, S. 334, Anm. 12 und Skonietzki-Gelpcke, § 253, Anm. 4B.

dann in dieser der Beklagte vielleicht den Mangel genehmigt bzw. ihn durch Verzicht gemäß § 295 ZPO. beseitigt. Das geltende Recht gewährt daher auch dem Kläger die Möglichkeit, schon vor der mündlichen Verhandlung den Mangel zu beseitigen, und zwar ohne, ja sogar gegen den Willen des Beklagten.

Unbestritten hat der Kläger das Recht, den Zustellungsmangel in der Klageschrift dadurch zu beseitigen, daß er die Klage dem Beklagten von neuem zustellen läßt. Dabei ist zu beachten, daß es nach unserer oben § 8 dargelegten Ansicht nicht erforderlich ist, daß die Klageschrift auch von neuem bei Gericht eingereicht wird.

Bei der Behandlung im einzelnen treten jedoch verschiedene Ansichten auf. Manche nehmen an, daß in jedem Falle, ganz gleichgültig, worin der Zustellungsmangel im einzelnen besteht, eine vollkommen neue Klage zugestellt werden muß[32]). Dagegen wollen Förster-Kann[33]) und Hellwig[34]) es auf den einzelnen Fall abstellen und es auf die besondere Art des Zustellungsmangels ankommen lassen. Dieses mit Recht. Es ist kein Grund einzusehen, weshalb auch dann, wenn die zugestellte Klageschrift nur in einzelnen Punkten mangelhaft ist, auch eine Neuzustellung derjenigen Punkte erfolgen soll, bezüglich welcher die Zustellung ordnungsmäßig ist. Man wird vielmehr zu unterscheiden haben: Ist eine Zustellung überhaupt nicht erfolgt, hat insbesondere auch der Beklagte noch keine Mitteilung von dem Inhalte der Klageschrift erhalten, bedarf es allerdings einer erneuten Zustellung derselben. Ebenso liegt der Fall, daß die Zustellungsurkunde mit Mängeln behaftet ist, die die Nichtigkeit der Zustellung nach sich ziehen. Auch hier muß eine Nachholung der Zustellung in korrekter Weise erfolgen[35]). Hat in diesem Falle der Beklagte jedoch von dem Inhalte des Schriftstückes Kenntnis erlangt, so braucht nicht noch einmal die ganze Klageschrift zugestellt zu werden; es genügt vielmehr die Zustellung eines Schriftsatzes, in dem auf ihren Inhalt Bezug genommen wird.

32) So Seufferts Arch. Bd. 48, S. 461.
33) § 253, Anm. 4 b.
34) Im Recht 1905, S. 302.
35) RGZ. Bd. 21, S. 405.

Ist dagegen die Klageschrift nur in einzelnen Punkten mangelhaft, fehlt z. B. eine Ladung oder die Aufforderung zur Anwaltsbestellung, so genügt die Zustellung eines Nachtragsschriftsatzes, der die fehlenden Punkte enthält[36]).

Eine Ergänzung des Zustellungsmangels braucht nun aber nicht unbedingt vor der mündlichen Verhandlung zu geschehen. Es kann vielmehr auch der Kläger in der mündlichen Verhandlung, wenn der Beklagte erscheint, den Mangel beseitigen, und zwar durch mündlichen Vortrag gemäß § 281 ZPO. Der Vortrag muß einen Antrag und einen Klaggrund enthalten; der Antrag muß im landgerichtlichen Verfahren verlesen werden (§ 297), während im Verfahren vor den Amtsgerichten mündliche Antragstellung genügt.

Nun ist aber das Anwendungsgebiet des § 281 ein viel zu beschränktes, als daß es unmittelbar auf unseren Tatbestand paßt. Fitting[37]) bestreitet daher, daß § 281 für den zur Erörterung stehenden Fall Anwendung finden kann, indem er ausführt, daß dann die Parteien auch im Anwaltsprozesse ohne jede schriftliche Klagerhebung vor Gericht erscheinen könnten, um mündlich die Klage zu erheben, was aber dem Gesetz widersprechen dürfte. Fittings Argument würde durchschlagen, wenn die Partei, ohne daß schriftliche Klage erhoben ist, im Termine erscheinen würde. Denn zur Entgegennahme einer bloßen mündlichen Klage ist das Gericht keineswegs befugt. Auch Schwalbach[38]) will die Möglichkeit des mündlichen Vortrages der Klage auf das amtsgerichtliche Verfahren beschränken, da er, die Rechtshängigkeit leugnend, den § 281 nur bei schwebender Rechtshängigkeit anwenden will. Dieser Einwand ist für uns aber deshalb ohne Bedeutung, da wir das Vorliegen eines Prozesses, wenn auch eines unvollkommenen, schon dann annehmen, wenn die Klage bei Gericht eingereicht ist[39]).

Eine Stütze findet unsere Ansicht in § 264 ZPO., wonach der Kläger nach Eintritt der Rechtshängigkeit eine völlig neue Klage durch mündlichen Vortrag erheben kann,

---

36) Derselben Ansicht Seuffert, § 253, Anm. 5. Skonietzki-Gelpcke, § 253, Anm. 4 Ba.

37) ZZP. Bd. 11, S. 31.

38) Arch. Ziv. Prax. Bd. 64, S. 275.

39) Siehe § 8.

wenn das Gericht es für sachdienlich erachtet, also mit der Klagerhebung einverstanden ist. Hieraus wird man per argumentum a maiore ad minus den Schluß ziehen können, daß der Kläger, wenn der Beklagte erschienen ist, auch eine nicht gehörig zugestellte Klage durch mündlichen Vortrag wiederholen oder das etwa Fehlende ergänzen kann. Wieviel leichter muß die Ergänzung einer nicht voll wirksamen Klage sein als die Ersetzung einer voll gültigen durch eine neue! Denn im ersteren Falle handelt es sich doch nur um die Nachholung einer wenn auch sehr wichtigen Formalität, der Zustellung, während im zweiten Falle das der Klage zugrunde liegende Rechtsverhältnis, der materielle Anspruch, geändert wird [40]).

Anders als bei der Heilung ist die Wirkung der Ergänzung eine beschränktere. Es fehlt ihr die rückwirkende Kraft. Für den Fall, daß sie in der mündlichen Verhandlung erfolgt, ergibt sich dies aus § 281 selbst. Er läßt die Rechtshängigkeit erst mit der „Geltendmachung des Anspruchs in der mündlichen Verhandlung" eintreten. Was aber für diese Art der Ergänzung des Zustellungsmangels gilt, wird auch für den Fall, daß außerhalb der mündlichen Verhandlung eine Ergänzung eingetreten ist, Anwendung finden [41]), weil das Wesen der Ergänzung ein einheitliches ist. Immer ist sie die Nachholung eines fehlenden Stückes. Deshalb kann die Wirkung der Ergänzung erst dann eintreten, wenn durch sie das fehlende Stück der Zustellung herbeigeschafft wird.

§ 13.

Die letzte Möglichkeit, die Folgen der Zustellungsmängel zu beseitigen, ergibt sich aus § 187 ZPO.:

> „Ergibt sich aus den Erklärungen einer Partei, daß eine ihr unter Verletzung der Vorschriften der §§ 181—186 zugestellte Ladung in ihre Hände gelangt ist, so ist die Zustellung als mit dem Zeitpunkt bewirkt anzusehen, in

40) Zustimmend Hellwig im Recht 1905, S. 302; Seuffert § 253, Anm. 5a; dagegen u. a. Förster-Kann, § 253, Anm. 4a.

41) So die herrschende Meinung; u. a. Skonietzki-Gelpcke § 253, Anm. 4 Ba; a. M. Planck, Lehrbuch Bd. 2, S. 125.

welchem die Partei nach ihren Erklärungen die Ladung erhalten hat."

Diese durch die Novelle vom 17. 5. 1898 in das Gesetz aufgenommene Vorschrift hat die damals stark umstrittene Streitfrage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine mangelhafte Ersatzzustellung, wenn das zuzustellende Schriftstück dem Adressaten zugegangen ist, als wirksam angesehen werden könne, beseitigt. Schon damals vertraten den in § 187 festgelegten Standpunkt Petersen[42]) und Fitting[43])[44]).

Diese Beseitigungsmöglichkeit des Zustellungsmangels reicht in ihrer Bedeutung bei weitem nicht an die beiden vorgekennzeichneten Wege zur Mängelbeseitigung heran. Ihr Anwendungsgebiet ist vielmehr sachlich sehr stark begrenzt. Sie findet einmal nur Anwendung, wenn Vorschriften der Ersatzzustellung verletzt sind. Auf andere Zustellungsmängel, die die Ungültigkeit der Zustellung zur Folge haben, ist § 187 nicht anwendbar. Denn bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine Ausnahmebestimmung, die auf andere Fälle von Zustellungsmängeln nicht analog ausgedehnt werden kann. Aber auch innerhalb dieses fest umgrenzten Rahmens der Ersatzzustellung müssen mancherlei Voraussetzungen gegeben sein, damit eine gegen die Vorschriften der §§ 181—186 ZPO. verstoßende Ersatzzustellung oder eine trotz berechtigter Annahmeverweigerung nach § 186 erfolgte Zustellung als gültig zu behandeln ist:

Zunächst muß es sich bei dem im Wege der Ersatzzustellung zugestellten Schriftstück um eine Ladung handeln. Gemeint ist hiermit nur eine Parteiladung, nicht die eines Zeugen oder Sachverständigen. Dagegen ist es gleichgültig, ob das zugestellte Schriftstück nur eine Ladung enthält oder ob die Ladung mit einem anderen Schriftsatze, z. B. einer Klageschrift, verbunden ist. § 187 findet auch dann Anwendung, wenn es sich um die Wahrung einer Notfrist handelt[45]).

Es ist aber nicht schlechthin der Zeitpunkt, in welchem der Adressat die Ladung erhalten hat, für die Beseitigung

42) ZZP. Bd. 1, S. 72—76.
43) ZZP. Bd. 11, S. 66—68.
44) Dagegen besonders Klein, ZZP. Bd. 15, S. 493.
45) Skonietzki-Gelpcke, § 187, Anm. 4.

der Wirkungen des Zustellungsmangels maßgebend. Vielmehr kommt nur der Zeitpunkt in Betracht, in dem der Adressat die Ladung nach seinen eigenen Erklärungen erhalten hat. Eine Verzichtserklärung nach § 295 wird hier nicht gefordert; es genügt die bloße Erklärung des Empfanges. Deshalb kann auch der Adressat kein Gehör finden mit der Bemerkung, er wolle mit seiner Erklärung des Empfanges gar nicht eine Heilung des Mangels eintreten lassen [46]). In dieser Bestimmung liegt aber eine beträchtliche Einschränkung. Denn den Beweis, daß die die Zustellung bewirkende Partei oder ein Dritter bezeugt, der Adressat habe das Schriftstück erhalten, macht § 187 noch nicht anwendbar, da in diesem Falle ja nicht aus den „Erklärungen" der Partei der Erhalt des Schriftstückes hervorgeht. Ebensowenig führt eine Eideszuschiebung an den Adressaten in dem Sinne, daß er den Nichtempfang beschwören müßte, zum Ziel. Denn würde in diesem Falle der Adressat die Leistung des Eides verweigern, so stünde zwar gemäß § 464 Abs. 2 ZPO. fest, daß er das Schriftstück erhalten habe, aber es würde sich der Erhalt nicht aus seinen „Erklärungen", sondern aus der Fiktion des § 464 Abs. 2 ergeben [47]). Unter den „Erklärungen" sind nur solche Äußerungen zu verstehen, die die Partei in der mündlichen Verhandlung oder in einem Schriftsatze abgibt, und zwar ist es gleichgültig, ob sie es persönlich oder durch einen Prozeßbevollmächtigten tut [48]). Es genügt jede im Prozeß abgegebene Erklärung, aus der sich ergibt, sei es auch nur mittelbar, daß das zuzustellende Schriftstück in die Hände des Adressaten gelangt ist [49]). Jedoch fallen nicht unter die Erklärungen der Partei solche Äußerungen, die einem Dritten gegenüber abgegeben sind [50]). Wäre dies doch der Fall, so würde es schließlich wieder auf einen Zeugenbeweis oder eine Eideszuschiebung über den Empfang des Schriftstückes hinauslaufen. Diese Beweise sollen aber gerade bei

---

46) Hellwig im Recht 1905, S. 301.

47) Ebenso Seuffert, § 187, Anm. 2b.

48) A. M. Skonietzki-Gelpcke, § 187, Anm. 1, die im Anwaltsprozeß die Erklärungen nur durch einen Prozeßbevollmächtigten abgegeben wissen wollen.

49) J. W. 1929, S. 846.

50) A. M. Stein-Jonas, § 187, Anm. II, 3.

dem klaren Wortlaut des Gesetzes („ergibt sich aus den Erklärungen einer Partei") ausgeschlossen sein. Was den Zeitpunkt des Empfanges anbetrifft, so kommt in erster Linie derjenige in Betracht, den der Adressat angibt, keinesfalls der in der Urkunde angegebene. Ergibt er sich nicht aus den Erklärungen der Partei, so ist der Augenblick maßgebend, in dem sie die Erklärung abgibt.

Wenn Förster-Kann[51]) behauptet, eine weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 187 sei die, daß die Ladung in die Hände des Adressaten gelangt sei, so ist dem nicht zuzustimmen. Man wird nämlich § 187 selbst dann in Anwendung bringen können, wenn der Adressat in Wahrheit die Ladung gar nicht erhalten, sondern den Empfang nur erklärt hat[52]).

Durch den erklärten Empfang der Ladung wird der Mangel — hierzu ist natürlich nur Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 181—186 zu rechnen — geheilt. Wie sich jedoch aus dem zweifelsfreien Wortlaut des § 187 ergibt, ohne rückwirkende Kraft[53]).

Schluß.

Kritik der Zustellungsvorschriften.

§ 14.

Trotzdem durch die Novellengesetzgebung von 1905 und 1909 es zur Wahrung der gesetzlich bestimmten Notfristen nicht mehr der Zustellung der Rechtsmittel- und Einspruchsschriftsätze durch die Partei bedarf (§§ 518, 553, 340 ZPO.) und deshalb die Partei bei sich etwa ereignenden Zustellungsmängeln in dieser Hinsicht nicht mehr besorgt zu sein braucht, ihr gutes Recht für immer zu verlieren, so bleiben jedoch

51) § 187, Anm. 2c.

52) So Oertmann, ZZP., Bd. 48, S. 451.

53) Dies ist allgemein anerkannt, so z. B. Hellwig im Recht 1905, S. 302.

immerhin noch bei den Zustellungsvorschriften mancherlei Verbesserungsnotwendigkeiten bestehen. Besonders ist es die große Anzahl von Zustellungsvorschriften, insbesondere über Einzelheiten und unwichtig erscheinende Äußerlichkeiten, die der Partei zu Klagen Anlaß gibt. Diese Klagen werden solange nicht verstummen können, als bei dem geringsten Versehen und einer noch so unbedeutenden Verletzung der Gesetzesvorschriften die Zustellung für nichtig erklärt wird.

Die vorgekennzeichneten Beseitigungsmöglichkeiten der Zustellungsmängel vermögen zwar in starkem Maße die für die Partei durch den Zustellungsmangel entstehenden Härten zu verdrängen, und doch sind diese Möglichkeiten im Verhältnis zu den sich ereignenden Zustellungsmängeln als gering und keineswegs ausreichend anzusehen. Dies besonders aus dem Grunde, weil das Gesetz die wichtigste Beseitigungsmöglichkeit, die Heilung des Zustellungsmangels, gerade erst durch den Willen des Gegners der die Zustellung betreibenden Partei eintreten läßt. Insoweit bleibt noch immer der Prozeßschikane, die das Gesetz gerade bekämpfen will, ein weiter Spielraum.

Das Bestreben wird also wie schon von der Einführung der ZPO. an weiter dahin gehen müssen, daß die im Gesetze enthaltenen positiven Einzelbestimmungen und Äußerlichkeiten verschwinden oder doch auf ein erträgliches Maß beschränkt werden. De lege ferenda bleibt die Frage zu prüfen, ob nicht diese oder jene Vorschriften, die zur Verhütung von Zustellungsmängeln aufgestellt sind, sich erübrigen oder doch durch Soll- oder instruktive Vorschriften zu ersetzen sind.

Lebenslauf.

Am 14. Dezember 1907 wurde ich, Bruno Hans Scharnberg, als Sohn des Zigarrenhändlers Ernst Scharnberg und seiner Ehefrau Bertha, geb. Riepen, zu Boizenburg a. E. geboren. Von 1914—1917 besuchte ich die Volksschule meiner Heimatstadt, von 1917—1926 das Realgymnasium in Ludwigslust, das ich am 27. Februar 1926 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Dem juristischen Studium lag ich an den Universitäten München, Göttingen und Rostock ob. Am 30. Oktober 1930 bestand ich vor dem Prüfungsausschuß des Mecklenburg-Schwerinschen Landgerichts in Rostock die erste juristische Prüfung. Zurzeit bin ich im Vorbereitungsdienst bei dem Amtsgericht in Boizenburg a. E. beschäftigt.